



Roj: **STS 2426/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2426**

Id Cendoj: **28079130032022100115**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/06/2022**

Nº de Recurso: **5437/2020**

Nº de Resolución: **722/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10898/2020,**
ATS 6988/2021,
STS 2426/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 722/2022

Fecha de sentencia: 13/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5437/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5437/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 722/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 13 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 5437/2020, interpuesto por Acciona Construcción S.A., representada por la procuradora de los Tribunales Doña Laura Leyva Royo con la asistencia letrada de Don Francisco David López López, contra la sentencia de 19 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso de apelación número 635/2019, sobre intereses de demora, en el que ha intervenido como parte recurrida el Servicio Andaluz de Salud, representado y asistido por la Letrada de la Administración sanitaria Doña María Maldonado Araque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia el 19 de junio de 2020 con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., representada por la Procuradora D^a. Laura Leyva Royo, contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2019 que dictó el Juzgado de lo Contencioso administrativo Número 12 de Sevilla en el Procedimiento Ordinario 315/2017, que revocamos en cuanto al pronunciamiento de inadmisión, reconociendo el derecho de la recurrente a que el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD le abone la cantidad de SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA EUROS CON TRES CÉNTIMOS (64.530,03 €) más los intereses legales del art. 106.2 de la LJCA. Sin costas. "

SEGUNDO.- Notificada la sentencia se presentó escrito por la representación procesal de Acciona Construcción S.A., manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 21 de septiembre de 2020, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó, por auto de 27 de mayo de 2021, entre otros los siguientes pronunciamientos:

" **Primero.** - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la mercantil ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. contra la sentencia dictada en el recurso de apelación 635/2019, de fecha 19 de junio de 2020, de la Sección 1^a, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla.

Segundo. - *Precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar: si el derecho al cobro del importe de las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificado alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato; y si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.*

Tercero.- Identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 35.1 y 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración y el artículo 1109 del Código Civil, Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

CUARTO.- La representación de Acciona Construcción S.A. presentó, con fecha 13 de julio de 2021, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó la infracción de los artículos 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto determinan el derecho del contratista al cobro del precio correspondiente a las obras ejecutadas y la obligación de efectuar el pago dentro de los plazos legales, así como a abonar los intereses de demora con arreglo a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y vulneración de los artículos 35.1 de la Ley 30/2007 y 42.1 de la Ley 9/2017, en cuanto regulan que los efectos de la declaración de nulidad de los contratos serán la liquidación del mismo y el abono de los daños y perjuicios.



Indica la parte recurrente que la pretensión deducida en el presente recurso de casación y el pronunciamiento que se solicita son la estimación del recurso y la condena a la parte recurrida a abonarle el importe de los intereses de demora calculados con arreglo al artículo 7.2 de la Ley 3/2004 sobre la base del importe correspondiente al valor de las obras ejecutadas, reconocido y pagado por la Administración con motivo del expediente de nulidad, esto es, 1.050.381,45 euros, computados desde el día 12 de junio de 2011, hasta el efectivo pago que se produjo el 6 de marzo de 2017, más los intereses legales de dicha cantidad computados desde la interposición del recurso contencioso administrativo.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a esta Sala que dicte sentencia por la que, casando y anulando la sentencia recurrida ya referenciada, estime plenamente el recurso en los términos interesados, con condena a la parte recurrida a abonarle intereses de demora calculados con arreglo al artículo 7.2 de la Ley 3/2004 sobre la base del importe -sin IVA- correspondiente al valor de las obras ejecutadas, reconocido y pagado por la Administración con motivo del expediente de nulidad, esto es, 1.050.381,45 €, computados desde el día 12 de junio de 2011 hasta la fecha del efectivo pago, que se produjo en fecha 6 de marzo de 2017, más los intereses legales de dicha cantidad computados desde la interposición del recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2021 se acordó que pasaran las actuaciones de la Sección Cuarta, que había tramitado hasta la indicada fecha el recurso de casación, a esta Sección Tercera para que continuara la sustanciación del recurso en esta última.

SEXTO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que manifestara su oposición, lo que verificó la letrada del Servicio Andaluz de Salud por escrito de 12 de noviembre de 2021, en el que alegó la inexistencia de la infracción de los artículos 200.4 de la Ley 30/2007 y 198.4 de la Ley 9/2017, ya que la obligación de pago no nace del contrato ni encuentra su fundamento en la legislación de contratos, e inexistencia de infracción de los artículos 35.1 de la Ley 30/2007 y 42.1 de la Ley 9/2017, porque la revisión de oficio no puede ir acompañada de un procedimiento ordinario de liquidación contractual, sino que habrá de buscarse otros fundamentos para la compensación, siendo en tal caso plenamente aplicable la doctrina del enriquecimiento sin causa en el marco de la revisión de oficio de un modificado nulo, como de forma reiterada ha venido reconociendo la jurisprudencia.

Concluyó la parte recurrida su escrito de oposición al recurso de casación solicitando a la Sala que desestime el recurso de casación, con confirmación de la sentencia impugnada, fije doctrina en el sentido de que el derecho al cobro del importe de las obras ejecutadas al margen del proyecto sin mediar la tramitación de un modificado contractual, afectadas de un vicio de nulidad de pleno derecho, no nace del contrato, sino de la obligación de restitución del valor de las obras ejecutadas, con fundamento en el principio general del derecho que proscribiera el enriquecimiento injusto, y por ello no tiene naturaleza de precio contractual sino recuperadora, restitutoria o indemnizatoria del valor de lo ejecutado, deriva de la prohibición de enriquecimiento injusto y, en consecuencia no se halla sometido al régimen de pago previsto en la legislación contractual que el demandante invoca y, en particular, no procede el abono de intereses de demora contractuales.

SÉPTIMO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 31 de mayo de 2022, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada.-

1.- Se interpone recurso de casación por la representación de la entidad mercantil Acciona Construcción S.A. contra la sentencia de 19 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por Acciona Infraestructuras S.A. contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Sevilla, que revoca en el apartado de inadmisión de una reclamación por importe de 64.530,03 euros en concepto de incremento del IVA del 16% al 18% de las certificaciones de obra nº 9 a 13, reconociendo a la recurrente el derecho a que el Servicio Andaluz de la Salud le abone la indicada cantidad, más los intereses legales.

2.- En el origen del presente recurso de casación se encuentra la reclamación de diversas cantidades por diferentes conceptos, formulada por Acciona Infraestructuras S.A. el 4 de marzo de 2016 frente al Servicio Andaluz de Salud, en relación con las obras de reordenación funcional y arquitectónica del área de hospitalización, torre A del hospital Virgen de la Victoria de África.

La desestimación presunta de la reclamación fue el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo interpuesto ante el Juzgado de este orden jurisdiccional nº 12 de Sevilla



3.- De los diferentes conceptos reclamados debemos centrar nuestra atención en el delimitado en el apartado d) del suplico de la demanda, por ser el único punto litigioso que se discute entre las partes en el presente recurso de casación.

De acuerdo con el FD 3º de la sentencia 4/2019, de 9 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, en el apartado d) del suplico de la demanda la parte actora reclamó 567.326,88 euros o, subsidiariamente, 263.595,38 euros, en concepto de intereses de demora, devengados por el reconocimiento y abono tardío del importe de 1.050.381,45 euros, IVA excluido, correspondiente al valor de las obras reconocido y abonado mediante expediente de nulidad.

Al respecto, la propia sentencia del Juzgado de Sevilla indica que consta en las actuaciones que la demandada tramitó un expediente de nulidad para reconocer a la demandante la obra ejecutada por valor de 1.050.381,45 euros, IVA excluido, cantidad que fue reconocida por resolución de 19 de mayo de 2015 y abonada el 6 de marzo de 2017. Añade dicha sentencia que la recurrente manifestó que el contrato tuvo múltiples incidencias que están subjuicadas en otro Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla (PO 299/2017 del Juzgado nº 7 de este orden jurisdiccional), pero que la demandada reconoció obra fuera de contrato en un expediente de nulidad y que ahora reclama la demandante intereses de mora de la cantidad reconocida al tipo contemplado en el artículo 7.2 de la ley de lucha contra la morosidad o, subsidiariamente, al tipo legal del dinero ex artículo 1108 del Código Civil, tomando como día inicial el 12 de junio de 2011 (60 días tras la ocupación parcial de la obra el 12 de abril de 2011) y como día final el día de cobro (el 6 de marzo de 2017).

4.- Para resolver sobre estos intereses litigiosos la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo de Sevilla efectúa una amplia referencia a la resolución firme, del Director gerente del Servicio Andaluz de Salud, de 19 de mayo de 2015, recaída en expediente de revisión de oficio.

Tras el examen de la resolución de declaración de nulidad de pleno derecho y reconocimiento de indemnización, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Sevilla razonó que no era de aplicación la normativa sobre indemnización por mora en el pago de certificaciones de obra, o por exceso de medición en la obra contratada a liquidar con los precios contradictorios pactados, sino que se trataba de una contratación verbal nula *"en la que el contratista no tendría derecho a su cobro como prestación contractual sino por la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto lo que impone a la Administración la obligación de pagar el coste de dichas obras pero no es de aplicación los intereses de demora del artículo 200.4 LCSP"*, añadiendo en apoyo de dicha tesis la cita de la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (recurso 3525/2006), cuyos razonamientos transcribe parcialmente.

5.- Interpuesto recurso de apelación por Acciona Infraestructura S.A., la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, de 19 de junio de 2020, impugnada en este recurso de casación, si bien estimó parcialmente el recurso, no acogió las pretensiones de la parte recurrente en el punto de los intereses de demora reclamados sobre la cantidad de 1.050.381,45 euros, reconocida y satisfecha por la Administración, por razón de la naturaleza indemnizatoria de la indicada cantidad, que no en vano se estableció tras la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio, que declaró la nulidad de las actuaciones de ejecución de obras fuera de proyecto, y después de apreciar la existencia de un doble incumplimiento, tanto de la Administración como de la empresa contratista, precisó que no debían confundirse los intereses indemnizatorios con los contractuales y estimó aplicable la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004, que declaró que los intereses de las obras realizadas fuera de contrato solo se pueden devengar a partir de la convalidación definitiva de las obras aunque se hubieran recibido dichas obras con anterioridad.

Así razonó la desestimación del recurso de apelación en el punto ahora controvertido la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ahora recurrida en casación (FD 4º):

"En cuanto a la discrepancia sobre los intereses devengados por el importe de 1.050.391,45 €, es diáfana su naturaleza indemnizatoria. No en vano se estableció tras la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio donde fueron declaradas nulas de pleno derecho aquellas actuaciones ejecutando unidades de obras fuera del proyecto.

Y no debía pasar desapercibido a ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, empresa con amplia implantación en la contratación administrativa, que la ejecución de actuaciones al margen de lo pactado en el contrato de obras, sin mediar el correspondiente modificado del contrato y demás mecanismos correctores que establece nuestra legislación, acarrearía la nulidad de lo hecho y su eventual indemnización por vía de la proscripción del enriquecimiento injusto. Existió pues un doble incumplimiento, tanto de la Administración como de la empresa contratista.



En este contexto, los intereses de la indemnización no deben confundirse con los contractuales. El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de Julio del 2004 declaró que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los mismos. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no procede conceder los intereses solicitados, por cuanto que en el caso debatido no se ha producido la convalidación de la citada obra por la Administración."

SEGUNDO.- Sobre las infracciones de la sentencia impugnada que denuncia el escrito de interposición del recurso de casación y la cuestión de interés casacional determinada en el auto de admisión del recurso de casación.

1.- Para resolver sobre las infracciones del ordenamiento jurídico que denuncia la parte recurrente y la cuestión de interés casacional determinada por el auto de admisión del recurso de casación, debemos tener presente dos circunstancias concurrentes en este caso, reconocidas con la condición de hechos probados por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla y aceptadas por la sentencia de la Sala del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ahora impugnada en casación.

La primera, que el contrato de obras de reordenación funcional y arquitectónica del área de hospitalización, torre A, del hospital Virgen de la Victoria de Málaga, tuvo múltiples incidencias, que se recogen en la resolución del Director gerente del Servicio Andaluz de la Salud, de fecha 19 de mayo de 2015, entre ellas y en lo que interesa a este recurso, la realización de obras fuera de proyecto y la falta de acuerdo entre las partes sobre la modificación del contrato, lo que imposibilitó la recepción de la obra, situación que se mantuvo hasta la fecha de la indicada resolución.

En segundo lugar, la resolución citada del Director gerente del Servicio Andaluz de la Salud, de fecha 19 de mayo de 2015, apreció la existencia de actuaciones por las que se ejecutaron unidades de obra prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que declaró la nulidad de pleno derecho de tales actuaciones y reconoció, con fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto, el derecho de la mercantil recurrente a una indemnización de 1.050.381,45 euros, IVA excluido, cantidad que fue aceptada por ambas partes.

2.- Por tanto, de entre las diversas alternativas legales que hubieran podido seguirse ante la realización de unas obras fuera de proyecto, el procedimiento que se estimó adecuado en este caso, con la conformidad de ambas partes, fue la vía de la revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los casos en los que la dirección facultativa de la obra considere necesaria la modificación del proyecto y, en la misma resolución de declaración de nulidad, se fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración (FD 4 de la resolución de 19 de mayo de 2015).

3.- En atención a la anterior resolución, que como se dice contó con la aceptación de ambas partes en cuanto al exceso e importe de las obras y, en todo caso, fue consentida y no impugnada por la parte ahora recurrente, por lo que ganó firmeza, tanto la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla como la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, negaron la naturaleza contractual de la cantidad fijada en dicha resolución.

En este sentido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo afirmó (FD 3º), de conformidad con las tesis de la demandada, que *"no es de aplicación la normativa sobre indemnización por mora en el pago de las certificaciones de obra, o por exceso de medición de la obra contratada, a liquidar con los precios contradictorios pactados, sino ante una contratación verbal nula en la que el contratista no tendría derecho a su cobro como prestación contractual, sino por la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto"*.

A semejante conclusión llegó también la sentencia de la Sala del TSJ de Andalucía, que señaló (FD 4º) en cuanto a la discrepancia sobre los intereses devengados por la cantidad de 1.050.381,45 euros, que *"es diáfana su naturaleza indemnizatoria. No en vano se estableció tras la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio donde fueron declaradas nulas de pleno derecho aquellas actuaciones ejecutando unidades de obra fuera de proyecto"*.



4.- En efecto, de los antecedentes del presente recurso y, en particular, de la resolución del expediente de revisión de oficio del Director gerente del Servicio Andaluz de Salud, de 19 de mayo de 2015, se desprende con claridad que el reconocimiento extrajudicial del importe correspondiente a las obras ejecutadas fuera del contrato, tuvo la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, que había incorporado las obras realizadas fuera del marco legal de la contratación.

Por ello, no podemos estimar la infracción de los artículos 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, y 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que imponen a la Administración la obligación de abonar el precio en los 60 días siguientes a la expedición de las certificaciones de obra, porque además de no existir, en este caso y como ya se ha indicado, recepción formal de la obra con anterioridad a la resolución del Director gerente del Servicio Andaluz de Salud de 19 de mayo de 2015, tampoco puede hablarse de precio debido en ejecución de un contrato, por haber sido declaradas nulas por dicha resolución las actuaciones realizadas de ejecución de las obras y tener la indemnización reconocida y satisfecha como fundamento, según la repetida resolución, la evitación del enriquecimiento injusto de la Administración.

5.- Tampoco cabe apreciar la infracción de los artículos 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establecen que en caso de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación de los contratos, que entrarán en fase de liquidación, las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran percibido y si no hubiera sido posible se devolverá su valor y la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Sin perjuicio de que, en principio, la referencia a la entrada del contrato en fase de liquidación no impide que la acción restitutoria incluya el abono de los intereses de demora desde la realización de las obras irregulares, debemos atenernos en la resolución del presente caso a las circunstancias concurrentes ya expresadas, en particular la falta de recepción formal de las obras por desacuerdos entre las partes hasta la resolución de 19 de mayo de 2015 y la fijación por dicha resolución de una indemnización en aplicación del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, que fue consentida y no impugnada por la parte recurrente.

En este caso no se declaró la nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación de un contrato, sino de las actuaciones concretas para las que no siguió el procedimiento de modificación del contrato establecido en el artículo 217.3 LCSP y como la devolución de las prestaciones no era posible, se sustituyó por el reembolso del valor de las obras, en la cantidad en que se cuantificó el enriquecimiento injusto experimentado por la Administración como consecuencia de las obras fuera de contrato recibidas.

La resolución del Director gerente del Servicio Andaluz de Salud de 19 de mayo de 2015, fijó una indemnización de 1.050.381,45 euros en favor del contratista, con la finalidad expresada en la propia resolución de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y, por tanto, para compensar el perjuicio sufrido por el contratista por la realización de las obras irregulares, siendo así que el contratista mostró su conformidad con el citado importe durante el expediente de revisión de oficio y, además, la citada resolución no fue impugnada y adquirió firmeza, lo que impide ahora revisar la cantidad compensatoria de las obras irregulares fijada en aquella resolución administrativa firme, pretensión esta que debería haberse hecho valer en el procedimiento de revisión de oficio o en la impugnación de la resolución que le puso fin.

6.- La conclusión a la que llegamos es conforme con las soluciones dadas por la Sala en supuestos en los que se plantearon supuestos similares al examinado en este recurso de casación.

La sentencia de esta Sala de 2 de julio de 2004 (recurso 2341/2000), cita dos sentencias precedentes en relación con la cuestión que nos ocupa de los intereses derivados de una obra realizada fuera de contrato pero aceptada por la Administración, que llegan a soluciones distintas, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, así, la sentencia de 28 de octubre de 1997 que entendió que la Administración debía pagar intereses desde la fecha de recepción de las obras, al haberlas recibido sin formular protesta ni reserva alguna, y la sentencia de 11 de mayo de 2004, que no reconoció intereses desde la entrega de las obras, sino desde la fecha posterior de una resolución administrativa aceptada por el contratista. Tras la exposición sucinta de tales precedentes, la sentencia que comentamos considera que los intereses de las obras realizadas fuera de contrato en el caso que resuelve no son debidos desde la recepción de las obras por la Administración, sino desde su convalidación por el Consejo de Ministros.

Razona en la forma siguiente la sentencia de la Sala de 2 de julio de 2004 (recurso 2341/2000, FD 3º):

"En relación con los intereses derivados de una obra realizada fuera del contrato pero aceptada por la Administración, la sentencia de 28 de octubre de 1997, declaró que la Administración debía abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta, ni reserva alguna durante ese tiempo por la



naturaleza, alcance y características de la obra, y, en la sentencia de 11 de mayo de 2004, se declaró que no procedía el pago de intereses desde el año 1992, fecha en que se solicitaba, por ser ésta la de la entrega de las obras y si la a partir de 1995, de acuerdo con una resolución de la Administración de 13 de junio de 1994, que había sido aceptada por el contratista Dragados y Construcciones S.A.

Pues bien, a partir de tal doctrina, de las normas aplicables y de las circunstancias que en el caso de autos concurren, es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato sólo se podían devengar a partir de 1998, en atención, por un lado, a que la Administración en el acta de recepción de las obras expresamente hizo constar cuáles eran las obras realizadas fuera del contrato; por otro, a que el abono de las mismas obligó a una modificación del contrato y a la tramitación de un crédito extraordinario aprobado, por Real Decreto Ley, y cuando en fin la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar que el contratista también sabía que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los tramites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los tramites oportunos.

Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato."

7.- La sentencia de la Sala de 24 de octubre de 2005 (recurso 3444/2003) llega a la misma conclusión que la anterior, en un caso en el que se declaró la nulidad del contrato por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido en la ley. Se trataba de un supuesto en el que se realizaron unas obras públicas complementarias no comprendidas en los contratos celebrados entre la Administración y la empresa contratista, que por tal razón no se incluyeron en las actas de recepción de 1996, si bien el Consejo de Ministros convalidó el gasto en un acuerdo del año 2000 y, reclamados los intereses de demora entre tal fecha y la terminación de las obras en 1996, la sentencia de esta Sala que comentamos estimó que no era de aplicación en aquel caso el artículo 100.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas, que de manera similar al artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, citado por la parte recurrente como infringido en este recurso, impone a la Administración el abono del precio en los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato y, en caso contrario, la obligación del pago de intereses de demora a partir de dicha fecha, sino que, por el contrario, consideró la Sala aplicable el artículo 65 del texto entonces vigente del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de contenido idéntico en lo que interesa a este recurso con el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, invocado en este recurso por la parte recurrente, del que resulta que en el contrato nulo del caso examinado por la Sala en la sentencia precedente, por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley, debe considerarse que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tiene el carácter de compensación o indemnización, sin que el citado artículo 65 de la LCAP reconozca el derecho al percibo de intereses.

La citada sentencia de 24 de octubre de 2005 indica al respecto lo siguiente (FD 3º):

"En definitiva se está ante un contrato nulo de pleno derecho, por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley. En consecuencia, según la normativa del último artículo citado, las partes deben resarcirse o restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido. Se añade además en el precepto que la parte culpable debe indemnizar a la contraria de daños y perjuicios.

A la vista del mencionado artículo de la Ley, y toda vez que resulta evidente y palmario para esta Sala que se estaba ante un contrato nulo, en efecto debe considerarse que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tenía el carácter de compensación o indemnización, dándose en el supuesto las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."

8.- La sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (recurso 3525/2006), en línea con las que acabamos de citar, vuelve a denegar los intereses reclamados desde la terminación de unas obras, llevadas a cabo sin procedimiento alguno ni licitación que desembocara en la firma de un contrato o modificado entre las partes. Como en las sentencias anteriores, esta Sala rechazó la aplicación de la legislación de contratos del Estado,



porque no hubo contrato, ni la Administración demoró el pago de certificaciones, sino que lo que hubo fue el abono de la cantidad adeudada como pago único y la única disputa posible era si la cantidad abonada por la Administración era o no correcta de acuerdo con la obra efectuada, rechazando la Sala por tanto el reconocimiento de los intereses contractuales reclamados.

Dice en este sentido la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (FD 4º):

"Las obras de que se trata se realizaron vigente La Ley de Contratos del Estado, Decreto 923 de 1965, de 8 de abril, cuyo art. 47 disponía que "el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo al precio convenido. Si la Administración no hiciese el pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo, a partir de aquella fecha, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación". Este precepto no respalda la reclamación que se efectúa en este caso porque no hubo contrato, el artículo se refiere al contratista, condición que no posee la recurrente y la Administración no demoró el pago de certificaciones, en cuyo caso si se hubieran podido reclamar intereses, sino que lo que se produjo fue el abono de una cantidad adeudada que se saldó como pago único, y sobre la cuál la única disputa posible era si la cantidad abonada era o no correcta de acuerdo con la obra efectuada. Cuestión esta última sobre la que nada se dijo y a la que se dio conformidad al aceptar el cobro. En consecuencia el recurso debe rechazarse."

9.- De acuerdo con lo razonado, no acogemos las denuncias de la parte recurrente sobre infracción por la sentencia impugnada de los artículos 35.1 y 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, y 42.1 y 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ni procede en consecuencia el reconocimiento de intereses de demora en el período reclamado por la parte recurrente, que se inicia el 12 de junio de 2011, a los 60 días siguientes a la terminación y ocupación de las obras realizadas fuera de proyecto .

Por tal razón, al no resultar procedentes los intereses de demora en el período que reclama la parte recurrente, no es necesario el examen sobre la aplicación del tipo de interés que determina el artículo 7.2 de la Ley y 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, si bien cabe señalar al respecto, a mayor abundamiento, que el ámbito de aplicación de la citada ley, según dispone su artículo 3.1, se circunscribe a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, como hemos razonado con anterioridad, en aplicación de los criterios jurisprudenciales de la Sala, no cabe calificar como contraprestación contractual sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el pago a la recurrente de la indemnización fijada por la resolución de 19 de mayo de 2015 del Director gerente del Servicio Andaluz de la Salud.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004, después de señalar que la norma legal tiene por objeto incorporar al derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, precisa que *"el alcance de esta directiva está limitado a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público. No regula las operaciones en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio ni los pagos de indemnizaciones por daños "*

TERCERO.-Respuesta a las cuestiones de interés casacional determinadas en el auto de admisión a trámite del recurso de casación.

Ante la realización de unas obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno, el ordenamiento admite diversas alternativas legales, por lo que la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o contractual del pago deberá hacerse en atención a las circunstancias del caso.

En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los casos en los que el Director facultativa de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración.

Al no proceder los intereses de demora desde los 60 días siguientes a la terminación y ocupación de las obras realizadas fuera de proyecto, como reclama la parte recurrente, no es necesario un pronunciamiento sobre si



resulta aplicable el tipo de interés determinado por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

CUARTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con lo razonado en los apartados precedentes, procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por Acciona Construcción S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictada en fecha de 19 de junio de 2020 en el rollo de apelación 635/2019.

De conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto a las costas de casación, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada en cuanto a las costas de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento de derecho tercero:

1.- Declarar no haber lugar y, por lo tanto desestimar, el presente recurso de casación número 5437/2020, interpuesto por Acciona Construcción, S.A., contra la sentencia de 19 de junio de 2020 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de apelación número 635/2019.

2.- No hacer imposición de las costas de casación a ninguna de las partes y mantener el pronunciamiento de la sentencia impugnada respecto de las costas de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.